

UNA TERCERA VÍA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Santiago Mir Puig

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

MIR PUIG, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2004, núm. 06-01, p. 01:1-01:17. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 06-01 (2004), 20 ene]

RESUMEN: En el presente trabajo, su autor profundiza en la tesis tradicional, por él defendida, de que las personas jurídicas no son capaces de culpabilidad y, por tanto, no pueden sufrir una pena. Descartada esta alternativa, la necesidad social de prevenir y sancionar los hechos delictivos cometi-

dos por y en el seno de personas jurídicas obliga a buscar una solución que según el autor ha de ser la que él denomina "tercera vía": medidas de seguridad peculiares, con rasgos propios de las penas. Esta solución es la que acoge el vigente CP español, aunque de una manera demasiado tímida a juicio del autor.

PALABRAS CLAVES: Autoría, persona jurídica, responsabilidad penal, penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias.

Fecha de publicación: 20 enero 2004

I

Antes de la entrada en vigor del CP 1995 en España era pacífica la opinión de que sólo las personas físicas podían delinquir y sólo ellas podían ser castigadas con penas criminales.¹ Aunque respecto a algunos delitos determinados ya el anterior CP (arts. 344 bis b, 347 bis, 404 bis c, 534 bis b, 546 bis f) preveía algunas medidas sobre personas jurídicas que podían ser graves —como la disolución de la sociedad, el cierre de la empresa o la clausura de sus locales—, el Código no incluía estas medidas en el catálogo de las "penas" ni nadie sostuvo que lo fueran. También se admitía en el CP la responsabilidad civil subsidiaria de empresas y personas jurídicas, que como toda responsabilidad civil derivada de delito en España puede declararse en la sentencia penal. Las únicas sanciones previstas para personas jurídicas por infracciones imputadas a ellas eran de carácter administrativo. La importante Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común,

¹ Sin embargo, algún autor defendía *de lege ferenda* la introducción de la responsabilidad penal plena de las personas jurídicas. Así, especialmente, Zugaldía, Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "*societas delinquere non potest*", en CPC, nº 11 (1980), pp. 70 ss.



vino a generalizar la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en su art. 130.

El CP de 1995 ha previsto la posibilidad de imponer medidas a personas jurídicas y empresas en su Parte General, en un nuevo Título destinado a "consecuencias accesorias", y no, como antes, sólo en su Parte Especial y sin calificar ni regular. El nuevo Título que el CP dedica a las "consecuencias accesorias" es el VI del Libro I, distinto a los destinados a las penas (Título III), a las medidas de seguridad (Título IV) y a la responsabilidad civil y las costas procesales (Título V). El art. 129 CP ha introducido entre las "consecuencias accesorias" un catálogo de medidas que el Juez o Tribunal *puede* imponer a personas jurídicas o empresas, aunque sólo *en los casos expresamente previstos por el CP*. Las medidas van desde la suspensión de actividades por un máximo de cinco años, hasta la disolución de la persona jurídica o la clausura temporal o definitiva de la empresa, pasando por la prohibición de realizar en el futuro actividades mercantiles o negocios y por la intervención de la empresa. La otra consecuencia accesoria que se prevé en el Título VI es el comiso de los efectos e instrumentos del delito, así como de las ganancias obtenidas con el mismo (art. 128).

La doctrina dominante ha interpretado la previsión diferenciada de estas consecuencias accesorias en el sentido de que para el CP no son penas, ni medidas de seguridad, ni tampoco responsabilidad civil derivada de delito,² pero algún autor defiende que, a pesar de su distinta denominación, son verdaderas penas,³ y últimamente Silva Sánchez las concibe como propias medidas de seguridad.⁴ La cuestión tiene que ver con la de si el Derecho penal español ha admitido la responsabilidad penal, en sentido estricto, de las personas jurídicas y empresas, o si, por el contrario, mantiene en vigor el principio tradicional *societas delinquere non potest* y se ha limitado a prever determinadas medidas no punitivas, sino únicamente tendentes a impedir la peligrosidad que puedan tener determinadas personas jurídicas o empresas.

² Por todos, con especial claridad: A. Jorge Barreiro, en Rodríguez Mourullo (dtor.), Jorge Barreiro (coord.), Comentarios al Código penal, Madrid, 1997, pp. 360, 364 ss.; Gracia Martín / Boldova Pasamar / Alastuy Dobón, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español, Valencia, 1996, pp. Gracia Martín / Boldova Pasamar / Alastuy Dobón, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español, Valencia, 1996, pp. 438, 441, 456; Feijoo, Empresa y delitos contra el medio ambiente (II), en La Ley, 24 mayo 2002, n° 5551, p. 3; Octavio de Toledo, Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del CP, en Libro-Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir, Madrid, 2002, pp. 1131 ss.

³ Así Zugaldía, Las penas previstas en el art. 129 del CP para las personas jurídicas, PJ, n° 46 (1997, pp. 332 ss.; Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, pp. 226 ss. Le sigue S. Bacigalupo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, 1998, pp. 284 ss. En el sentido de la doctrina dominante, con ulteriores citas bibliográficas, ver: De la Cuesta Arzamendi, Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad civil, en A.A.V.V., Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *In memoriam*, 2001, pp. 980 s.; Martínez Ruiz, El principio *societas delinquere quasi potest*, en A.A.V.V., Los Derechos Humanos, Libro Homenaje al Exco. Sr. D. Luis Portero García, Granada, 2001, pp. 606, 609.

⁴ Cfr., con una fundamentación muy interesante que reformula los presupuestos de las medidas de seguridad, Silva Sánchez, J. Mª, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal, en A.A.V.V., Derecho penal económico, en la serie Manuales de Formación Continuada del C.J.P.J., n° 14, pp. 342 ss., 347. Lamentablemente, este artículo de Silva llegó a mis manos después de haber presentado yo el presente trabajo como ponencia en las Jornadas celebradas en octubre de 2002 en Lisboa, por lo que no pude tenerlo en cuenta entonces, pese a compartir mesa con él. Ahora me he tenido que limitar a considerarlo en notas a pie de página.

Desde mi punto de vista, no hay duda de que la voluntad del legislador expresada en la ley ha sido la de salir al paso del peligro que pueden representar las personas jurídicas y empresas utilizadas para la comisión de delitos, sin cuestionar el principio de que el delito es únicamente un hecho humano. Así lo ponen de manifiesto tanto el origen histórico de la nueva regulación, como su expresión en la ley. Las medidas ahora introducidas –salvo la de intervención de la empresa– fueron propuestas por primera vez en el Proyecto de CP de 1980, entre las medidas de seguridad (arts. 132, 135, 153 Proyecto). Era evidente la voluntad de desvincular estas medidas del binomio delito-pena, para concebirlas como medidas puramente preventivas basadas en la peligrosidad. En la Propuesta Alternativa de Parte General que, bajo mi dirección y la de Muñoz Conde, presentó el Grupo Parlamentario Comunista como enmienda a la totalidad del Proyecto de 1980,⁵ se mantuvo la consideración de medidas de seguridad, pero se advirtió que la peligrosidad de la empresa o la persona jurídica no podía basarse, a diferencia de las demás medidas de seguridad, en la peligrosidad manifestada en la comisión de algún delito previo *por parte de ellas mismas* y en el peligro de que *ellas* volvieran a cometer delitos. Ello se debía a que seguíamos manteniendo el principio de que ni las empresas ni las personas jurídicas podían delinquir. Su peligrosidad debía ser distinta de la peligrosidad de una persona física. Debía radicar en la utilización de las mismas por parte de personas físicas en algún delito cometido por éstas y en la posibilidad de seguir siendo utilizadas para ulteriores delitos futuros de personas físicas. En este sentido, el art. 96 de la Propuesta Alternativa precisaba:

"No obstante, las medidas de seguridad especialmente previstas al efecto, podrán recaer sobre las personas o entidades jurídicas a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieron en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes, cuando pueda presumirse fundadamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos".

La Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983⁶ quiso reflejar la diferencia existente entre las medidas imponibles a empresas y personas jurídicas y las medidas de seguridad tradicionales trasladando aquéllas al apartado destinado a las "consecuencias accesorias", junto al comiso. Hay que señalar que, aunque el comiso se consideraba en el CP anterior como una pena, lo cierto es que no encajaba bien con esta denominación, pues su finalidad no es punitiva⁷, esto es, imponer un mal que sea sentido como tal y con alguna de las finalidades que pueden darse a una verdadera pena: retribución, prevención general o prevención especial. La finalidad del comiso no es más que privar al delincuente de los medios por los que cometió el delito o de los efectos económicos del delito.⁸ Pues bien, se trata de una finalidad parecida a la que persiguen las medidas previstas por el art. 129

⁵ Cfr. Mir Puig / Muñoz Conde, Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal del Grupo Parlamentario Comunista (PCE-PSUC), CPC, n° 18 (1982), pp. 609 ss.

⁶ Su art. 138, 1 acogió el inciso final del art. 96 de la Propuesta Alternativa más arriba citado: "(...) cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos."

⁷ En contra de lo que opina Zugaldía, CDJ 1997, p. 228.

⁸ Si la privación del arma con el que se cometió el delito es evidentemente preventiva, la privación de los beneficios obtenidos, además de tener la finalidad preventiva de suprimir el motivo del delito cuando es dicho beneficio, tiene también el sentido de eliminar una situación creada antijurídicamente y es coherente con el principio de que nadie ha de poder beneficiarse de su delito.

CP para empresas y personas jurídicas: privar del instrumento peligroso que representa la persona jurídica o la empresa, o controlar su uso.⁹

Las "consecuencias accesorias" que el art. 129 CP permite imponer sobre personas jurídicas o empresas tienen de común una naturaleza no punitiva, sino puramente preventiva. Tanto unas como otras se fundan en la idea de peligrosidad. La diferencia es que las medidas de seguridad se aplican a personas que han delinquido y que encierran el peligro de volver a delinquir, mientras que las consecuencias accesorias se aplican a cosas (armas, efectos del delito, beneficios obtenidos) o a organizaciones incapaces de delinquir pero que son peligrosas porque favorecen la comisión de delitos a personas físicas que los utilizan. La peligrosidad es el presupuesto común de las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, pero en éstas no es la peligrosidad de una persona que puede delinquir, sino la *peligrosidad de un instrumento*.¹⁰

El propio art. 129,3 orienta en este sentido puramente preventivo la finalidad de las medidas que prevé: "Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma".¹¹ No se exige, en cambio, ninguna actuación por parte de la persona jurídica o empresa que la haga *merecedora* de la medida y sirva de medida de la gravedad de ésta —como debería hacer si las medidas previstas fueran verdaderas penas—.

La vía elegida por el CP español de 1995 tiene la ventaja de que evita las importantes dificultades dogmáticas que encuentra la imposición de verdaderas penas a personas jurídicas y empresas, pero su concreta formulación adolece en parte de ciertos límites y en parte puede limitar excesivamente su eficacia preventiva.¹²

A diferencia de lo que ocurría en el Proyecto de 1980, el CP actual no exige expresamente ninguna conexión entre el delito cometido por la persona física y la persona jurídica. El art. 132 de aquel Proyecto preveía que la imposición de las medidas tuviera lugar "a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren *en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes*", y el art. 153 del mismo Proyecto concretaba más, limitando la imposición de las medidas a

⁹ Cfr. Mir Puig, Derecho penal, PG, 6ª ed., Barcelona, 2002, Lec. 34/63. De acuerdo: A. Jorge Barreiro, Comentarios cit., p. 365; De la Cuesta, op. cit., p. 977; Martínez Ruiz, op. cit., p. 606. Prats Canut, en Quintero (Dtor.), Valle (coord.), Comentarios al nuevo Código penal, 1996, p. 629, denomina incluso a las medidas del art. 129 "modalidad de comiso", afirmando que "su interpretación habrá de hacerse de conformidad con las reglas generales del comiso" (pag. 624).

¹⁰ En un sentido básicamente coincidente Gracia Martín, Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales, Barcelona, 1986, p. 104, hablaba ya aquí de "peligrosidad de la cosa" como "peligrosidad objetiva de la propia persona jurídica", frente a la peligrosidad de un sujeto, "sujeto i-va", que es presupuesto de las medidas de seguridad. También ahora en Gracia/Boldova/Alastuey, Las consecuencias jurídicas cit., p. 457. En sentido parecido, Feijoo, Empresa y delitos contra el medio ambiente (II), en La Ley, 24 mayo 2002, nº 5551, p. 3. También habla de "peligrosidad objetiva" Octavio de Toledo, Las consecuencias accesorias... cit., p. 1132.

¹¹ Como señala Silva Sánchez, La responsabilidad penal... cit., pp. 348 s., este criterio de prevención especial "no se proyecta sólo sobre la persona o personas físicas que hayan cometido el hecho, sino también sobre otras personas físicas que puedan hacerlo en el futuro. En concreto: cabe que no exista ningún riesgo de que la persona física autora del delito cometido vaya a utilizar ese instrumento peligroso que es la estructura de la persona jurídica —dice "física", pero sin duda quiere decir "jurídica"— (por ejemplo por haber fallecido)". Esto distanciaría estas medidas del comiso.

¹² Recoge un elenco de defectos de la regulación del art. 129 CP Octavio de Toledo, Las consecuencias accesorias... cit., pp. 1141 ss.

los "delitos contra el orden socio-económico o contra el patrimonio cometidos en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización *para favorecerlos o encubrirlos...*" Estas conexiones del delito con la persona jurídica o empresa han dejado de requerirse en el CP 1995 y ello es criticable.¹³

Por otra parte, en cambio, la actual concepción de las medidas del art. 129 CP limita demasiado su alcance práctico. Por de pronto, al caracterizarse como consecuencias *accesorias* parecen presuponer la comisión de un delito por parte de una persona física, lo que puede impedir su imposición cuando serían más necesarias, esto es, cuando se desconocen los responsables físicos.¹⁴ En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurría en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, sólo se pueden imponer en los no muchos casos en que así se establece expresamente en la Parte Especial —dentro de los cuales no están con carácter general los delitos contra el patrimonio—. Aunque el art. 129 se prevea en la Parte General, no se ha conseguido ofrecer un medio general de combatir la peligrosidad de las personas jurídicas o empresas utilizadas para la comisión de cualquier delito que pueda resultar favorecido por aquellas organizaciones. En el fondo la situación no es cualitativamente tan distinta de la que existía en el CP anterior: como en él únicamente se prevén determinadas medidas para determinados delitos —aunque es cierto que se ha ampliado el número de delitos en los que pueden aplicarse las medidas.

Algunos de estos inconvenientes pueden reducirse a través de una adecuada interpretación del art. 129 CP.¹⁵

Por lo que se refiere a la falta de exigencia de una conexión de las conductas delictivas de las personas físicas con la actividad de la persona jurídica o empresa o con su beneficio, puede entenderse requerida, tácitamente, por la finalidad que el n° 3 del art. 129 otorga a las medidas. Si éstas "estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma", habrá que comprobar que esta actividad delictiva (de la persona física) guarde relación con la actividad de la persona jurídica, por lo menos en el sentido de que ésta favorezca aquella otra o sus efectos.

En cuanto a la necesidad de que exista un delito cometido por una persona física para poder imponer las medidas a la empresa o persona jurídica, puede atenderse a la propuesta de un sector doctrinal que no exige como presupuesto de las medidas la efectiva imposición de una pena a una persona física, sino sólo la existencia de un hecho típicamente antijurídico.¹⁶ Ello permitiría imponer las medidas aunque el responsable físico no

¹³ Así Jorge Barreiro, Comentarios cit., pp. 364 s.

¹⁴ Cfr. Silva Sánchez, Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español, en Silva (ed. español), Schünemann / Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, Barcelona, 1995, p. 363; García Arán, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en A.A.V.-V., El nuevo CP: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, 1999, p. 326; Octavio de Toledo, Las consecuencias accesorias... cit., p. 1143.

¹⁵ Prats Canut, Comentarios cit., p. 624, encuentra aplicables los principios limitadores desarrollados por la jurisprudencia para el comiso (del que considera las medidas del art. 129 una modalidad), como son los de legalidad, acusatorio, proporcionalidad y conexión entre el delito y la consecuencia accesoria.

¹⁶ En este sentido Gracia/Boldova/Alastuy, Las consecuencias jurídicas cit., pp. 461 s.; Zugaldía, CDJ 1997, p. 239; De la Cuesta Arzamendi, op. cit., p. 981; Martínez Ruiz, op. cit., pp. 594 s. También se muestra favorable Silva Sánchez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., pp. 350 s., pero destaca la dificultad

fuera personalmente imputable (culpable). También convendría entender que no es imprescindible que se haya podido identificar a la persona física autora del hecho o que se haya podido probar su autoría. Debería bastar que se hubiese probado suficientemente la comisión *por alguien* de un hecho penalmente antijurídico relacionado con la actividad de la empresa o persona jurídica en los términos que permite exigir el art. 129, 3 CP. Por supuesto, ello presupone una representación procesal propia para la empresa o persona jurídica en los términos que exige el principio acusatorio, que en cualquier caso es necesaria.¹⁷

En cualquier caso, hay que subrayar que son aplicables a estas medidas accesorias los principios constitucionales, materiales y procesales, a que debe someterse toda intervención del Estado privativa de derechos, entre los cuales cuenta el principio de proporcionalidad en sentido amplio (que incluye las exigencias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto)¹⁸ y el conjunto de garantías de que debe rodearse todo proceso penal.

Estamos ya en condiciones de efectuar un *primer balance*: El Derecho penal español sigue anclado en el principio tradicional según el cual sólo las personas físicas pueden cometer delitos y sólo ellas pueden ser castigadas con penas criminales en sentido estricto. Sin embargo, el CP actual incluye, junto a las penas y las medidas de seguridad, consecuencias accesorias constituidas por el comiso y por una serie de medidas aplicables a personas jurídicas y empresas. Estas medidas no son punitivas, sino meramente preventivas: tienen como finalidad el peligro que pueda suponer la persona jurídica o empresa de que se continúe la actividad delictiva de personas físicas o sus efectos. Tanto en su origen legislativo como en su sentido actual, estas medidas se hallan más próximas a las medidas de seguridad que a las penas.¹⁹ No presuponen que la persona jurídica o

procesal que surge cuando se desconozca la identidad del autor individual o éste haya fallecido, si no se bha llegado al momento de la sentencia y procede el sobresimiento.

¹⁷ Cfr. Martínez Ruiz, op. cit., p. 602.

¹⁸ Silva Sánchez, La responsabilidad penal... cit., p. 358, recoge el Auto de la AP Barcelona (secc. 3ª) de 25 de abril de 2000, que estima un recurso de queja contra la adopción, con carácter cautelar, de la medida de suspensión de actividades de una sociedad, así como la de clausura de locales o establecimientos.

¹⁹ Incluso puede decirse que materialmente constituyen una clase especial de medidas de seguridad, siendo atendible la fundamentación que formula Silva Sánchez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas... cit., pp. 343 ss. Este autor considera suficiente como presupuesto de una medida de seguridad la lesión típica objetiva, sin necesidad de ningún elemento subjetivo de imputación (pp. 344 s). Estoy completamente de acuerdo *de lege ferenda*, pero es cierto que para las medidas de seguridad que así denomina el CP exige como presupuesto la comisión por el sujeto de “un hecho previsto como delito” (art. 95, 1, 1ª) y “la probabilidad de comisión de nuevos delitos” por parte del mismo sujeto (art. 95, 1, 2ª), y el término “delito” significa en su uso legal un hecho típicamente antijurídico. Para el mismo hacen falta los presupuestos subjetivos correspondientes (acción voluntaria, dolo o imprudencia, y eventuales elementos subjetivos adicionales), pero también una ejecución material activa u omisiva que una persona jurídica no puede realizar por sí misma (el mismo Silva lo reconoce cuando afirma en la pág. 340 que el injusto de la persona jurídica “no tiene nada que ver con un injusto personal, ni siquiera con la antijuricidad objetiva de un hecho concreto”, sino más bien en un “estado de cosas”, “una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de sus integrantes”, una forma de “conducción de la vida jurídicamente desaprobada”). Estos obstáculos desaparecen si atribuimos a las medidas previstas para personas jurídicas una naturaleza de medidas de seguridad especiales, sometidas a presupuestos que no incluyen la propia comisión de un tipo de injusto. Desde luego, el CP no somete a las medidas para personas jurídicas a dicho presupuesto, con lo que diferencia el régimen aplicables a las mismas del que prevé para las medidas de seguridad para personas físicas. Facilita, por tanto, la distinción de una y otra clase de medidas, aunque tampoco impide

empresa haya cometido ningún delito, por lo que no tropiezan con el obstáculo de que en la actuación de una persona jurídica o empresa faltan todas las exigencias dogmáticas derivadas del principio de culpabilidad personal. Tampoco suponen el reproche ético-social de la pena. Sin embargo, en cuanto implican afectación de derechos —como las medidas de seguridad—, deben sujetarse a los límites constitucionales de la intervención coactiva del Estado, como el que impone el principio constitucional de proporcionalidad, y a los principios que rigen el proceso penal acusatorio.

II

Ante la cuestión, hoy tan debatida, de si las personas jurídicas y/o empresas deben o no responder penalmente, el CP español de 1995 ha optado por una vía peculiar: mantiene en pie el principio *societas delinquere nec puniri potest*, pero admite —como el CP anterior— que se impongan a las personas jurídicas y empresas importantes "consecuencias accesorias" en la sentencia penal. Según la doctrina dominante tales consecuencias accesorias no son penas, ni tampoco medidas de seguridad como las impuestas a personas físicas, pero tiene de común con éstas últimas que no se basan en la culpabilidad, sino en la peligrosidad —aunque no sea peligrosidad de una persona física, sino de personas jurídicas o empresas—. Las consecuencias accesorias no significan, pues, responsabilidad *penal* en el sentido estricto de imposición de penas, pero sí en el sentido amplio en que también las medidas de seguridad pueden verse como un forma de responsabilidad penal. La fórmula española supone, pues, una *vía intermedia* entre la de exclusión de aplicación del Derecho penal a las personas jurídicas y/o a las empresas, y la de imposición de penas a las mismas por imputación a ellas de la comisión de delitos. Como tal vía intermedia, evita las dificultades que entraña, desde el principio de culpabilidad personal, la imputación de delitos y la previsión de verdaderas penas para personas jurídicas y empresas, pero tampoco tiene todas las ventajas que alegan los partidarios de derogar el principio *societas delinquere nec puniri potest*. La doctrina dominante en España, que sigue anclada en el principio de culpabilidad estrictamente personal, no se opone en principio a la imposición de las medidas previstas en el art. 129 CP, porque no las ve como penas. En cambio, los partidarios de imponer verdaderas penas a las personas jurídicas y/o empresas consideran insuficiente la fórmula del art. 129 CP.

Desde luego, si no hubiese ninguna razón de peso para negar la capacidad de delinquir de las personas jurídicas y de las empresas, no habría necesidad de buscar una vía distinta a la de imponerles penas en sentido estricto. Pero sí existen razones muy importantes que aconsejan limitar al ser humano la capacidad de cometer delitos y de ser castigado con penas criminales. Tales razones no son sólo dogmáticas, sino sobre todo político-criminales.

considerarlas dos especies de un mismo género. De todos modos, sí creo necesario también para las medidas para personas jurídicas, como equivalente funcional del presupuesto del delito previo exigido para las medidas para personas físicas, que pueda *imputarse* suficientemente a la persona jurídica o empresa algún delito cometido por una persona física, aunque los criterios de imputación deban ser distintos a los que se utilizan en el delito de la persona física. Ver sobre esto lo que digo en el texto más adelante, en el apartado II.

Es evidente que una persona jurídica, y más aún una empresa carente de personalidad jurídica, no puede realizar propiamente ninguno de los elementos que exige la dogmática de la teoría del delito, tal como ha sido elaborada en los países de tradición continental-europea, puesto que esta teoría del delito empieza por ver en el delito una conducta humana y la persona jurídica no puede efectuar ninguna conducta humana. Ni siquiera puede actuar por sí misma, por lo que no sólo es incapaz de aportar los elementos subjetivos y personales del delito (desde la voluntariedad del comportamiento hasta la imputabilidad del sujeto, pasando por el dolo), sino que tampoco puede incidir efectivamente en el mundo exterior influyendo en los procesos causales de la lesión del bien jurídico típico. Sin embargo, la teoría del delito que ha elaborado nuestra dogmática no es la única posible desde un punto de vista lógico. No hay un concepto ontológico de delito. Del mismo modo que hemos desarrollado un concepto de delito como obra del hombre, podemos construir otro concepto de delito en el que también tengan cabida actuaciones de colectivos y la imputación a una persona jurídica de la actuación de determinadas personas físicas. Ello es lógicamente posible. Pero plantea importantes problemas político-criminales.

El Derecho administrativo, al atribuir capacidad de infracción a las personas jurídicas y al prever sanciones para ellas, obliga a ampliar el concepto de infracción administrativa más allá de los límites del comportamiento humano y a entender el concepto de sanción por dicha infracción de un modo también distinto al de imponer sufrimiento al autor de la misma. Si el Derecho administrativo sancionador estuviera sometido a los mismos límites político-jurídicos que el Derecho penal, no habría razón para no extender las penas criminales a las personas jurídicas del mismo modo que se hace con las sanciones administrativas. El Tribunal Constitucional español ha repetido en numerosas ocasiones que los principios limitadores del Derecho penal son aplicables al Derecho administrativo sancionador, pero el mismo Tribunal se ha visto obligado a reconocer que la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo requiere su adaptación a la distinta naturaleza de ambas ramas del Derecho. Así, los principios de personalidad de la sanción y de responsabilidad subjetiva deben aplicarse al Derecho administrativo de forma que permitan la responsabilidad de las personas jurídicas, como ya decidió la STC 246/1991, Fundamento jurídico 2. La fundamental Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, admitió expresamente la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas (art. 130. 1) al mismo tiempo que omitía referirse al principio de culpabilidad y únicamente consideraba a la “intencionalidad” como criterio “para la graduación de la sanción”.²⁰ Diferencias como éstas en la “aplicación” de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo parten del reconocimiento de un distinto significado político-jurídico para ambos sectores del Derecho.

²⁰ Cfr. Bajo Fernández, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español, en Mir Puig / Luzón Peña (coords.), Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, 1996, pp. 26, ss., 29. Feijoo, Empresa y delitos contra el medio ambiente (I), en La Ley, 23 mayo 2002, nº 5550, p. 4, argumenta contra la posibilidad de extender al Derecho penal la admisión de la responsabilidad administrativa que efectuó la citada STC 246/1991.

No se trata de reproducir aquí la larga discusión sobre la diferencia que ha de existir entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Es de sobras sabido que la disputa entre quienes defendían una diferencia *cualitativa* entre ambos sectores y quienes sólo veían posible distinguirlos con un criterio *cuantitativo*, se zanjó por la doctrina dominante a favor de éstos últimos. Es correcto, en sentido, renunciar a un criterio cualitativo como, por ejemplo, el de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, como definidor del delito frente a la infracción administrativa, que apareciera entonces como mera infracción del orden general. Lo que debe diferenciar al Derecho penal es ciertamente algo cuantitativo: la mayor gravedad de la pena criminal. Sin embargo, a mi juicio, esta mayor gravedad no ha de verse sólo como mayor *cantidad* de sanción. En España es verdad que sólo la pena criminal, y no la sanción administrativa, puede implicar privación de libertad, pero en cambio hay multas administrativas económicamente mucho más elevadas que algunas multas penales. La mayor gravedad de la pena criminal ha de verse entonces en términos *simbólicos*, por razón del reproche ético-social mucho mayor que conlleva una condena penal. Un ejemplo ilustrará lo que quiero decir: si un ministro del Gobierno es condenado penalmente por haber cometido un delito, es evidente que debe dimitir, porque nadie entendería que un “delincuente” convicto pudiera integrar el Gobierno del país; en cambio, ningún ministro debe dimitir por el hecho de que se le haya impuesto una sanción administrativa (aunque consista en una multa de importe más elevado que ciertas multas penales).

Esta especial gravedad del reproche ético-social que lleva consigo la imposición de una pena criminal es lo que justifica la sofisticada construcción de la teoría del delito en nuestros países. No son sólo la coherencia conceptual ni exigencias sistemáticas las que explican las bases de la teoría del delito, sino ante todo la conveniencia político-criminal de delimitar de la forma más precisa y atenta a los principios constitucionales los presupuestos de la reprobación que implica la pena. Si ésta determina un grave reproche al que la sufre, ha de presuponer la realización de un hecho que permita dicho reproche al sujeto. Ello es la base del principio de culpabilidad, en sentido amplio, y de las distintas exigencias que supone en la teoría del delito: una conducta voluntaria de una persona, imputable objetivamente, subjetivamente y personalmente a dicha persona, a título de autor o de partícipe. El principio de personalidad de la pena es también consecuencia del principio de culpabilidad: sólo puede imponerse una pena al culpable del hecho, porque sólo al culpable puede reprochársele el hecho y sólo él merece la reprobación de la pena.

Pues bien, imponer una pena a una persona jurídica o a una empresa es extender el grave reproche de la condena penal a quien no puede reprochársele el hecho como autor o partícipe culpable del mismo. Es evidente que una persona jurídica es una creación del Derecho incapaz de actuar por sí misma, carente de conciencia y de cualquier sentido de responsabilidad. ¿Cómo podría reprocharse a una pura creación jurídica un hecho que no puede haber decidido ni realizado ni evitado? La persona jurídica necesita de alguna persona física que actúe en su nombre. Es lo que ocurre en el caso del recién nacido cuyo patrimonio administran sus padres, o del absolutamente incapaz representado por un tutor: aunque el menor y el incapaz son personas para el Derecho, tienen capacidad jurídica y, por tanto, pueden tener derechos y obligaciones, no tienen capacidad de obrar

y necesitan para actuar en Derecho la intervención de sus padres o tutor. Es cierto que una persona jurídica aparece como parte en los contratos que suscribe, por ejemplo: ella es la que aparece como vendedora de un bien de su propiedad, y en este sentido se dice que es la persona jurídica la que vende dicho bien. Pero lo mismo sucede en el recién nacido o en el incapaz profundo que aparece como vendedor de uno de sus bienes, y no obstante quien verdaderamente ha de efectuar los actos reales necesarios para vender son los padres o el tutor. Igualmente, cuando la persona jurídica vende tiene que hacerlo necesariamente a través de la actuación de sus administradores o personas apoderadas. Pues bien: del mismo modo que en el caso del padre que determina el alzamiento de los bienes del recién nacido, sería absolutamente injusto reprochar al bebé la comisión del delito, porque el niño no ha hecho nada de lo que se le pueda culpar, también cuando el administrador de una persona jurídica produce el alzamiento de bienes de ésta sería injusto reprochar a la misma la comisión del delito cuando ésta se debe únicamente a la actuación del administrador.

En el Derecho privado, como en el Derecho administrativo sancionador, sí se imputa al menor, al incapaz o a la persona jurídica lo que hacen en su nombre sus representantes: la venta materialmente efectuada por éstos se considera jurídicamente realizada por sus representados, el impago de impuestos que “debía pagar” el recién nacido o la persona jurídica se imputa a éstos, aunque evidentemente quien de hecho debía decidir el pago y no lo hizo fue el padre o el administrador. Pero ni los contratos suscritos a nombre de los representados, ni las sanciones administrativas que se les imponen implican un reproche ético-social de su conducta como la pena. La responsabilidad civil o administrativa del recién nacido *no es una responsabilidad personal* por lo que él ha hecho, sino responsabilidad por el hecho de otro, por el hecho de su representante legal, pero esta clase de responsabilidad “vicaria” es admisible en estos ámbitos porque no conlleva una reprobación personal del recién nacido. Lo mismo cabe decir de la responsabilidad civil o administrativa de una persona jurídica. En cambio, sería inadmisibles someter al recién nacido al reproche de una condena penal, y lo mismo ha de valer para la persona jurídica.

Es verdad que la injusticia que supone reprochar al menor algo que sólo ha hecho su padre recae sobre un ser humano, el menor, y ello resulta más inadmisibles que la injusticia que supone reprochar a un ente carente de realidad humana lo que ha hecho su administrador. Parece más grave ser injusto con un ser humano que con una entidad carente de sentimientos. Sin embargo, las personas jurídicas pueden tener valor para la sociedad o para personas físicas ajenas al delito. Es obvia la importancia que tienen para la sociedad las personas jurídicas de Derecho público, como el Estado o las entidades locales. Afectaría al valor político de estas instituciones fundamentales culparlas de las actuaciones delictivas que en su nombre cometan personas físicas. ¿Cómo puede aceptarse que los delitos cometidos por los políticos que dirigen el Estado o las Corporaciones locales permiten considerar “delincuentes” a estas instituciones? Los únicos delincuentes son quienes han abusado del poder. Muchas legislaciones que admiten la responsabilidad

penal de las personas jurídicas privadas, no se atreven a dar el paso de extender dicha responsabilidad a las personas jurídicas de carácter público.²¹

También es evidente el valor que tienen las personas jurídicas para sus socios, para sus administradores, para sus directivos y para los trabajadores de la misma, especialmente cuando la imagen social de la empresa vaya asociada al nombre de la persona jurídica. La reprobación jurídico-penal de la persona jurídica, su descalificación ético-social, alcanza en mayor o menor medida a todas estas personas físicas. Ello es injusto para quienes no tengan nada que ver con el delito cometido.

Más evidente es aún que imponer una pena criminal a una empresa desprovista de personalidad jurídica supone desconocer por completo el principio de personalidad de la pena. Aquí no puede decirse, ni siquiera en el sentido jurídico-privado o administrativo, que la empresa “hace” (“vende”, “impaga sus impuestos”) lo que hacen las personas físicas que la gestionan. Y, no obstante, quienes defienden la intervención penal en el mundo empresarial se dan cuenta de que generalmente es más importante la realidad económica de la empresa que cuál sea la titularidad jurídica de la misma. Así, de poco sirve imponer la disolución de una persona jurídica si la empresa de la que es titular puede seguir actuando bajo la titularidad de una nueva persona jurídica: nada más fácil que sustituir una persona jurídica por otra. Los partidarios de incluir a la realidad de la empresa en el ámbito de la responsabilidad penal dirigen su atención a la realidad social, a la realidad colectiva de la empresa, tanto o más que a la pura forma jurídica constituida por la persona jurídica. Pero ello supone una vuelta a la *responsabilidad colectiva* que rigió en momentos de desarrollo histórico que creíamos superadas.

Es cierto que la sociedad actual sigue imputando responsabilidades a colectivos, como cuando se culpa a “los inmigrantes”, a “los moros”, a “los judíos”, a “los norteamericanos”, o a cualquier otro grupo nacional, étnico o social. Es innegable esta tendencia social a la generalización. Y también es evidente que las empresas, sobre todo las que tienen una imagen fuertemente implantada en la vida social, son valoradas positiva y negativamente y hechas responsables de su actuación empresarial. Pero igual como responsabilizar a toda una etnia por lo que hagan algunos o muchos de sus integrantes es injusto para los integrantes de dicha etnia que no han hecho lo que se imputa al colectivo, también es injusto culpar a todos los socios de una gran empresa por lo que hagan algún directivo o algunas otras personas dentro de la empresa. La responsabilidad colectiva suele meter en el mismo saco a justos y pecadores.

Las reflexiones anteriores conducen al siguiente dilema: si la responsabilidad penal, en sentido estricto, de las personas jurídicas se fundamenta en el hecho de que tienen personalidad jurídica y actúan a través de sus representantes, ello supone reprochar gravemente a una persona, la persona jurídica, lo que ha hecho otra, la persona física que

²¹ Así, en los E.E.U.U., el país más importante que admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ésta se limita a las empresas (cfr. LaFave, Criminal Law, 3ª ed., Saint Louis, Minn., 2000, pp. 272 ss.), y el Model Penal Code, en su sección 2.07 (4) (a), excluye a las corporaciones públicas. En Holanda, país pionero en la Europa continental en admitir la responsabilidad penal de personas jurídicas, la jurisprudencia ha exceptuado a las personas jurídicas de carácter público: cfr. Vervaele, La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda..., en Rev. Derecho Penal y Criminología, segunda época, nº 1 (1998), pp. 180 s. También en Francia se excluye de responsabilidad penal al Estado (art. 121-2 CP).

actúa en su nombre; y si se fundamenta en la realidad social de la empresa, supone una forma de responsabilidad colectiva que extiende el grave reproche penal a todos los integrantes de la empresa aunque sólo algunos sean los culpables del delito. En el primer caso se evitan los problemas que implica la responsabilidad colectiva, pero se cae en otra forma de responsabilidad no personal: una responsabilidad vicaria, por el hecho de otro (en el ámbito anglosajón se reconoce expresamente que se trata de una *vicarious liability*). Y si se quiere escapar a esta clase de responsabilidad, se cae en la responsabilidad colectiva, que tampoco es personal. Ni una ni otra especie de responsabilidad son admisibles cuando se trata del grave reproche ético-social que caracteriza a la pena criminal. Por otra parte, la primera fundamentación deja fuera la realidad de la empresa para fijarse en una forma jurídica que puede no existir (como sucede en las empresas pertenecientes a una persona física), mientras que la segunda fundamentación deja de lado la personalidad jurídica del colectivo.

Ello no significa que las dos vías de fundamentación señaladas no puedan ser admisibles para legitimar la imposición de medidas preventivas desprovistas del sentido de reproche personal propio de la pena, aunque tales medidas se impongan por un juez penal en el marco de un proceso penal (como es el caso de las “consecuencias accesorias” previstas por el art. 129 CP español). Del mismo modo que las medidas de seguridad previstas para personas físicas peligrosas no están sujetas al principio de culpabilidad porque no suponen una reprobación ético-jurídica del sujeto, tampoco unas medidas puramente preventivas basadas únicamente en la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o la empresa tienen por qué requerir la culpabilidad de éstas, puesto que tampoco implican ningún sentido de reproche dirigido a las mismas. No obstante, también estas medidas preventivas tienen suficiente gravedad para requerir alguna forma de imputación a la persona jurídica o a la empresa del delito cometido por una o varias personas físicas en su seno. Así como las medidas de seguridad en sentido estricto sólo son admisibles en Derecho penal cuando son *postdelictuales*, esto es, cuando la peligrosidad del sujeto se ha manifestado ya en la realización por el sujeto de un injusto penal por lo menos objetivamente imputable, también las medidas preventivas para personas jurídicas o empresas deben presuponer que la peligrosidad objetiva de éstas se ha manifestado en algún hecho típicamente antijurídico que de algún modo pueda imputarse a dichas personas jurídicas o empresas. Que el injusto penal se haya cometido por los administradores o apoderados de la persona jurídica actuando en nombre de ésta, o que pueda imputarse a la dinámica colectiva de la empresa, son criterios de imputación insuficientes para el reproche ético-social propio de la pena, pero necesarios para la imposición en vía penal de medidas preventivas sobre la persona jurídica o la empresa (como también son necesarios para imponer a las mismas sanciones administrativas).²²

No puedo entrar aquí a concretar hasta qué punto es utilizable el criterio de la responsabilidad vicaria por la actuación de un órgano de la persona jurídica y en qué medida hay que acudir a la responsabilidad colectiva de la empresa, aunque creo que es inevitable combinar ambos puntos de vista. Sólo teniendo en cuenta la perspectiva social real de

²² Sobre los presupuestos necesarios para la imputación a la persona jurídica o empresa ver Feijoo, Empresa y delitos contra el medio ambiente (II), La Ley cit., pp. 4 ss.

la empresa se pueden incluir entre las conductas que pueden exigir medidas preventivas sobre la empresa las que, sin haber sido realizadas por órganos de la persona jurídica, se llevan a cabo por otras personas en el seno de la empresa con el fin de producir un beneficio a la misma. Puesto que, según mi planteamiento, no se trata de fundamentar la imposición de penas en sentido estricto, sino de medidas puramente preventivas, lo que verdaderamente importa es la peligrosidad real del sistema social constituido por la empresa. No nos hace falta aquí encontrar una culpabilidad personal que pueda imputarse a la persona jurídica o empresa: la actuación de un órgano de la persona jurídica ya no es necesaria como elemento que aporte la culpabilidad personal (del representante) imputable a la persona jurídica; como tampoco es imprescindible el criterio jurídico-privado de la representación de la persona jurídica para imputarle la conducta de una persona física que actúa en su beneficio. Basta que la conducta delictiva de una persona que actúa en el marco de la empresa pueda verse como *propia de ésta*, de su dinámica empresarial colectiva, y para ello puede ser decisivo el criterio del beneficio económico de la empresa, finalidad esencial de ésta.

Coincido, pues, en parte, con Schünemann cuando cree necesaria y legítima la intervención del Derecho penal frente a personas jurídicas y empresas por razón de la especial peligrosidad que tiene una empresa cuando existe en ella una “actitud criminal colectiva”. El sistema empresarial es, como todo sistema, *autopoietico*, en el sentido de la teoría de los sistemas de Luhmann, y tiende a su propio interés, que en este caso es el de la obtención del máximo beneficio económico posible, a través de sus propias normas, que pueden llevar a sus integrantes a infringir normas legales que por sí solos no infringirían. Cuando hechos delictivos cometidos dentro de una empresa aparecen como manifestación de una actitud criminal colectiva, es necesario tomar medidas que neutralicen su peligrosidad, teniendo en cuenta en especial que resulten idóneas para hacer económicamente gravosa la comisión de delitos, de modo que no resulte rentable desde un análisis económico de coste-beneficio (que es el fundamental en la lógica empresarial)²³. También comparto su convicción de que de que tales medidas no pueden basarse en la culpabilidad, porque “a una entidad colectiva siempre se la hace responsable por la culpa de otra persona”²⁴. El fundamento de la imposición de medidas sobre personas jurídicas y empresas ha de ser, como en las medidas de seguridad, su peligrosidad, aunque sea una

²³ Cfr. Schünemann, La punibilidad de las personas jurídicas desde una perspectiva europea, en A.A.V.V., Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann, Madrid, 1995, p. 572, 579s.

²⁴ Cr. Schünemann, *ibidem*, p. 587. También comparto su crítica al intento de Tiedemann de hallar una “culpabilidad de organización” de la persona jurídica, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes, por no haber tomado aquella persona jurídica las medidas adecuadas para prevenir tales delitos (Tiedemann, Die Bebusung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, en NJW 19 (1988), p. 1172). Las mismas dificultades que existen para culpar a la persona jurídica de los delitos que cometen sus representantes se dan también para culparla de la omisión de tales medidas de vigilancia, pues, como dice Schünemann, la persona jurídica “siempre depende de personas naturales que actúan por ella y cuya culpa se imputaría exclusivamente de la misma manera, tanto si se tratase de la imputación directa de un delito cometido por un órgano como de la imputación de una culpa por la organización cometida por un órgano. Por ello la interpolación de la culpa por la organización no puede cambiar nada del principio de que la persona jurídica no puede actuar por sí misma culpablemente. En ello reside la diferencia con la *actio libera in causa* y con el acto de

peligrosidad objetiva, y la necesidad de contrarrestar esta peligrosidad para la protección de los bienes jurídico-penales. Si el Derecho penal actual admite no sólo la pena basada en la culpabilidad, sino también medidas de seguridad para personas peligrosas que no pueden ser culpadas, con el sólo límite del principio de proporcionalidad, es coherente la admisión de una modalidad especial de medidas preventivas para personas jurídicas y empresas objetivamente peligrosas que tampoco pueden ser culpadas.²⁵ También aquí el límite ha de ofrecerlo el principio de proporcionalidad, reconocido también por nuestro Tribunal Constitucional como un principio constitucional que ha de regir toda intervención del Estado que afecte a derechos fundamentales, y que en un sentido amplio incluye tres exigencias: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto.²⁶

Pero esta fundamentación, válida para las medidas de seguridad y otras medidas preventivas, no basta para la pena en sentido estricto, que transmite un reproche por la culpabilidad, por lo que no me parece coherente incluir las medidas preventivas contra personas jurídicas y empresas dentro del concepto de “pena”, si ésta se entiende en su sentido estricto de pena criminal. Tampoco refleja la diferencia de fundamentación señalada, sino que la oculta, utilizar —como hace Schünemann—²⁷ el término “pena” en un sentido amplio que incluya tanto a la pena criminal clásica como a las sanciones administrativas de cierta gravedad y a las medidas preventivas contra personas jurídicas y empresas. Tal concepto de pena en sentido amplio prescinde de lo que ha de considerarse decisivo en la diferenciación de penas criminales y sanciones administrativas: el reproche ético-social específico que implica la pena criminal y no la sanción administrativa. Prescindir de este elemento simbólico y atender sólo a la importancia del derecho afectado por la sanción, que en las multas sería sólo su cuantía económica, hace difícilmente justificable que se atribuyan a la Administración multas a veces mucho más elevadas que otras reservadas a la jurisdicción penal. Por otra parte, nuestro Derecho penal parte de una distinción fundamental entre penas y medidas de seguridad que sólo puede hallarse en el distinto significado simbólico de unas y otras: las medidas de seguridad sólo son admisibles, pese a la falta de culpabilidad del sujeto, porque no implican el reproche ético-social que caracteriza a la pena. Sería inadmisibles *castigar* a un enfermo mental pleno con una pena, y en cambio admitimos privarle de libertad como forma de tratamiento médico y asegurativo. No se trata de una pura “estafa de etiquetas”, sino de una distinción simbólica, comunicativa, que juzgamos de la máxima importancia. La situación es distinta en Derechos, como el francés, que trata de evitar la diferenciación de penas y medidas acudiendo a un sistema monista de sanciones pretendidamente carentes

embriagarse, pues en ella se toma como puntoxxx de conexión en cada caso la propia culpa del autor, pero no la de un tercero” (*ibidem*, p. 588).

²⁵ Stratenwerth, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, en *Festschrift für Rudolf Schmitt*, 1992, pp. 302 ss., manifiesta su preferencia por la vía de prever para las personas jurídicas medidas de seguridad dotadas de una fundamentación y unos presupuestos algo distintos a los propios de las medidas de seguridad previstas para personas físicas (aceptando en parte el planteamiento de Schünemann).

²⁶ Cfr. Schünemann, *loc. cit.*, p. 589. Sobre la postura del TC español en materia penal, cfr. Mir Puig, Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal, en Echano Basaldúa (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José M^a Lidón*, Bilbao 2002, pp. 354 ss., con especial consideración de la STC 136/1999 (caso de la mesa de Herri Batasuna) (pp. 358 ss.).

²⁷ Cfr. Schünemann, *loc. cit.*, pp. 583 s.

de sentido reprobatorio (cuestión distinta es si verdaderamente consigue esta unificación de sentido), o como el Derecho norteamericano, menos preocupado por respetar las diferencias simbólicas entre las diferentes clases de sanciones y medidas que por la eficacia puramente pragmática —lo que les lleva a castigar a menores o deficientes mentales con graves condenas penales, del mismo modo que están dispuestos a prescindir de la culpabilidad como presupuesto de la pena (*strict liability*, *vicarious liability*, importantes casos de *versari in re illicita* en delitos contra la vida, como en el *felony murder* o el *statutory murder*) cuando les parecen prioritarias las necesidades de prevención general—. Es significativo que sean precisamente los ordenamientos jurídicos anglosajones dispuestos a sacrificar el principio de culpabilidad por razones de eficacia los que menos problemas han tenido para admitir la imposición de penas criminales a las personas jurídicas.²⁸

Ahora bien, la concepción aquí defendida, de medidas preventivas para personas jurídicas y empresas desprovistas del significado simbólico de reproche de la pena criminal, plantea la cuestión de si entre tales medidas cabe incluir *multas*. Hemos aceptado que el Derecho administrativo prevea multas para personas jurídicas, porque las sanciones administrativas no tienen el sentido de grave reprobación de las penas criminales. Del mismo modo, podremos admitir que el Derecho penal permita imponer multas a personas jurídicas y empresas si las mismas no persiguen castigar injustos culpables, sino sólo el objetivo puramente preventivo de gravar los delitos de las personas físicas o empresas facilitados por la lógica económica de las mismas con un coste (la cuantía de la multa) que haga económicamente indeseable para ellas aquellos delitos. La determinación del importe de tales multas no debería basarse, entonces, en la gravedad del delito de la persona física, sino en su significado económico para la persona jurídica o empresa —de modo parecido a como determinadas multas administrativas pueden alcanzar cantidades elevadísimas por razones puramente económicas, para que la infracción no resulte rentable al sujeto—. Por ejemplo, si se trata de un delito ecológico cometido para no tener que instalar un mecanismo de filtraje que cuesta medio millón de euros, es razonable imponer a la empresa una multa de una cuantía superior suficiente para no hacer rentable la omisión del filtro reglamentario. Como sanción económica imponible a personas jurídicas o empresas cabe incluir también la privación de los beneficios obtenidos directa o indirectamente gracias al delito de la persona física.

²⁸ La obra de referencia de LaFare, *Criminal Law*, cit., pp. 272 ss., incluye la responsabilidad de las empresas entre los casos de "*liability without fault*" (responsabilidad sin culpa), que en su exposición agrupa en tres apartados: "*strict liability*" (responsabilidad objetiva) (pp. 257 ss.), "*vicarious liability*" (responsabilidad vicaria) (pp. 265 ss.) y "*enterprise liability*" (responsabilidad de empresa) (pp. 272 ss.). Esta última forma de responsabilidad, que incluye la de las personas jurídicas, se admitió como un apartamiento de la exigencia tradicional del *common law* de *mens rea* (imputación subjetiva) además de *actus reus* (hecho objetivo), y de su consecuencia de impunidad de las personas jurídicas (por entender que no tienen mente ni cuerpo), cuando se empezaron a introducir delitos económicos sin culpa (*strict liability*) (pág. 273). Por otra parte, la responsabilidad de las personas jurídicas (como responsabilidad de empresa) se considera básicamente una forma específica de *vicarious liability* (pág. 274). De todos modos, el abandono de la responsabilidad con culpa en el ámbito de las personas jurídicas recibe también en los E.E.U.U. las críticas de un sector de la doctrina (p. 275 s.).

III

Las reflexiones efectuadas permiten extraer varias **conclusiones**.

La primera es que la pena, en sentido estricto, tiene un significado simbólico de grave reproche que presupone la actuación antijurídica y culpable de una persona física a la que se impone.

La segunda conclusión es que la peligrosidad especial que pueden suponer las personas jurídicas y las empresas puede combatirse no sólo mediante sanciones administrativas y civiles, sino también a través de medidas preventivas previstas por el Derecho penal, similares a las medidas de seguridad en cuanto no se basan en la culpabilidad, pero peculiares porque no se basan en la capacidad de delinquir de una persona física, sino en la peligrosidad objetiva, instrumental, de la persona jurídica o empresa. Se trata de una *tercera vía*. Sin embargo, también en ella hay que exigir la posibilidad de alguna forma de imputación de los injustos cometidos por personas físicas a la dinámica de la persona jurídica o empresa. Si ello se añade al respeto del principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio, que requiere la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto de estas medidas preventivas, se conseguirá su sujeción a límites no inferiores a los admitidos para las medidas de seguridad.

La tercera conclusión es que las “medidas accesorias” previstas por el CP español de 1995 para personas jurídicas y empresas deben entenderse como medidas preventivas distintas a las penas y a las medidas de seguridad clásicas, y abren una *tercera vía* en la línea correcta. Sin embargo, lo hacen de una forma demasiado tímida, porque sólo se prevén para determinados delitos, que ni siquiera comprenden con carácter general los delitos contra el patrimonio y socio-económicos. Por otra parte, dichas medidas sólo serán suficientes si se interpretan de forma que puedan imponerse aunque no sea posible dirigir la acusación contra una persona o personas físicas responsables del injusto penal individual (de modo que su accesoriedad no sea procesal, sino sólo material y limitada, no máxima). También deben rodearse de las garantías de imputación y proporcionalidad que hemos exigido. Finalmente, deberían incluir sanciones económicas puramente preventivas, como multas y privación de las ganancias obtenidas directa o indirectamente gracias al delito.

Esta tercera vía no tiene la indeseable tendencia que encierra el castigo penal de personas jurídicas o empresas: la tendencia a rehuir las dificultades que muchas veces entraña la comprobación, material y procesal, de la autoría o participación de las personas físicas responsables del injusto penal. Es cierto que la mayoría de legislaciones que admiten penas para personas jurídicas o empresas no excluyen la responsabilidad simultánea de personas físicas. Pero es sintomático que el argumento central que suelen utilizar es el de que hay que castigar a las personas jurídicas o empresas porque con frecuencia no puede castigarse a personas físicas. Parece partirse de la idea de que, cuando no pueda castigarse a personas físicas, al menos tendremos a alguien a quien castigar *en su lugar*, por lo menos tendremos *un culpable*. La necesidad de *castigo* del delito parece satisfacer-

se ya de algún modo por esta vía.²⁹ Pero la consecuencia práctica tenderá a ser, entonces, que no se sentirá necesidad de poner tanto empeño (y medios materiales) en fundamentar una imputación a personas físicas que puede resultar complicada dogmáticamente y desde el punto de vista procesal.³⁰ Esta consecuencia favorecería la ocultación de los verdaderos responsables tras la fachada de la persona jurídica o entre los entresijos de la complejidad de la organización empresarial. Ello resultaría criminógeno. Por lo demás, hay que resaltar que, paradójicamente, iría en dirección contraria a la corriente jurisprudencial y doctrinal que en Derecho privado exige *levantar el velo* de la persona jurídica cuando se utiliza con finalidad defraudatoria.³¹

²⁹ Aunque en los E.E.U.U. son punibles tanto las personas jurídicas como las personas físicas que actúan por ellas, se ha constatado que de hecho en la práctica los jurados tienden a condenar únicamente a las personas jurídicas y a absolver los agentes físicos, pese a que sea indudable que cometieron los actos criminales: cfr. LaFave, Criminal Law cit., p. 281, nota 102.

³⁰ Alerta de este riesgo Octavio de Toledo, Las consecuencias accesorias... cit., pp. 1138 s.

³¹ Cfr. Bajo Fernández, La responsabilidad penal... cit., pág. 32